

“Pacote anticrime” – Art. 33, §1º, IV, 11343/06: a superação do enunciado 145, STF, e a renúncia ao conceito de bem jurídico

Tiago de Lima Santos Reid*

Sumário

1. Introdução. 2. Identificação do tema. 3. Criminalização de um delito putativo?

1. Introdução

Diante da compreensível percepção de aumento crescente da criminalidade ou dos riscos¹, a sociedade tem reclamado pela firme atuação do Estado. Inevitavelmente, portanto, contrariando sua natureza subsidiária, o Direito Penal encontra-se em um protagonismo sem precedentes em busca de uma utópica “efetividade”.

A rigor, este protagonismo é sintoma de um “novo momento” experimentado pelo Direito Penal, caracterizado pelo “esgotamento do paradigma passado”, sem, porém, perceber com devida “clareza o modelo que começa a surgir.”² Nesse cenário:

[O] resultado prático é por todos conhecido. Por um lado, há um enfraquecimento das garantias processuais acompanhado de medidas de vigilância altamente invasivas. Mas tudo, certamente, sob o pretexto de uma “boa causa”, tudo para garantir o “bem de todos”, tudo para garantir a segurança.³

Seguramente, o pacote “anticrime” insere-se neste cenário. A questão passa a ser: Afastando-nos dos discursos inflamados e apaixonados, resta-nos refletir, enquanto

* Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Especialista em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogado. Professor de Direito Penal do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Professor de Direito Penal do curso de graduação da Faculdade Redentor/Campos. Palestrante do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense.

¹ “Mais importante que aspectos objetivos é seguramente a dimensão subjetiva de tal modelo de configuração social. Desde essa última perspectiva, nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da insegurança sentida (ou como a sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança”. (SILVA SANCHES, Jesús-María. *A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT. Trad.: ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. 3ª ed., 2013, p. 40.)

² D’ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, vol. 1, nº 1, junho 2013.

³ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, vol. 1, nº 1, junho 2013.

doutrinadores, se as propostas do pacote são compatíveis com nossa Constituição, já que as mencionadas “mudanças sociais têm se convertido em terreno fértil não apenas para a expansão do direito penal, mas, e principalmente, para o surgimento de um direito penal de traços não democráticos”⁴.

2. Identificação do tema

Muito se tem produzido sobre o “pacote anticrime”, que replicou⁵ criticadas⁶ disposições ao texto inicial do (famigerado) Projeto do Novo Código Penal (PLS 236/12).

Em particular, este breve artigo terá como objetivo analisar a alteração proposta para o art. 33, §1º, da Lei nº 11343/06. Conforme a proposta apresentada, incorreria nas mesmas penas do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06:

Quem: vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente.

Visivelmente, pretende-se superar o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do flagrante provocado no tráfico de drogas, compreendido atualmente como um delito putativo⁷: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Seguramente, a “superação legislativa da jurisprudência” pode ensejar questionamentos de ordem constitucional, como historicamente já ocorreu com dispositivos do Código de Processo Penal⁸.

⁴ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, vol. 1, nº 1, junho 2013, p. 65.

⁵ Em especial, a controversa isenção de pena para o excesso na legítima defesa: “Art. 28, §2º, CP: Não se aplica o disposto no parágrafo anterior (excesso punível) em caso de excesso escusável por confusão mental ou justificado medo”. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1553197058946&disposition=inline>. Acesso em: 25/03/2019.

⁶ GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. *Reforma da parte geral do Código Penal: Uma proposta alternativa para debate*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁷ Duras críticas à redação e ao propósito: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime*. Editora Juspodivm, 2019, p. 91.

⁸ No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-2/DF, o então ministro Sepúlveda Pertence alertou que: “a indagação que assim logo se põe é saber se lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República. A resposta é negativa. Certo, a Constituição não outorgou à interpretação constitucional do Supremo Tribunal o efeito de vincular o Poder Legislativo, sequer no controle abstrato da constitucionalidade das leis, quando as decisões de mérito só terão força vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo”. Menos ainda cabe cogitar de vinculação do Legislativo às decisões do STF que diretamente aplicam a Constituição aos fatos: ao contrário das proferidas no controle abstrato de normas, são acórdãos que substantivam decisões tipicamente jurisdicionais, de alcance restrito às partes. O ponto está em que às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição. A circunstância de que a interpretação constitucional convertida em lei ordinária contrarie

No entanto, gostaria de analisar a questão sob um enfoque anterior, considerando que, segundo Roxin, "de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível"⁹.

3. Criminalização de um delito putativo?

Desde 1940¹⁰, o Supremo Tribunal Federal tem compreendido que o flagrante provocado é uma hipótese de delito putativo por obra do agente provocador:

De tal depoimento do próprio condutor do preso, está se vendo que a suposta vítima foi um verdadeiro agente provocador, como é tecnicamente chamado na doutrina, isto é: um indivíduo que provoca outrem a cometer um crime (movido geralmente por vingança) para envolvê-lo num processo criminal e fazê-lo punir. Este "agente provocador", que é o autor intelectual do crime e o seu instigador, é que cria o crime, porque é quem faz nascer, no instigado, a resolução criminosa. Quanto ao instigado, apenas revela, clara e iniludivelmente, uma resolução criminosa, resolução que não se objetiva, porém porque todas as providências foram tomadas pelo próprio agente provocador para evitar que a tentativa surta efeito, para que se frustre a tentativa; (...) Se assim é, o fato imputado ao paciente não é crime. Parece-me que isto se apura sem necessidade de examinar a prova produzida no processo (...). Sem necessidade de outros elementos de convicção, chego à conclusão de que o fato não constitui crime, tal como consta da denúncia¹¹.

Desde aquela época, nossa Corte Constitucional compreende que a vontade criminosa não pode/deve sobrepor-se aos aspectos objetivos de violação da tipicidade e do bem jurídico.

É óbvio que esta afirmação não encerra a questão. Pode-se, de fato, questionar o seguinte: Seria possível superar esse entendimento ou haveria uma fundamentação que simplesmente impedisse tal postura?

a jurisprudência do Supremo Tribunal – guarda da Constituição – não é, assim, determinante, por si só, da inconstitucionalidade, embora evidencie o desconcerto institucional a que pode conduzir a admissão da interpretação da Constituição por lei ordinária". Para uma visão crítica sobre o tema, recomenda-se a leitura de: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André *et al.* *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, p. 139.

⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar. Tradução de Luís Greco, 2006, p. 31.

¹⁰ STF, RHC 27566/DF, Rel. Ministro José Linhares, Julgado em 03/07/1940; STF, RE 15531, Rel. Ministro Ribeiro da Costa, Julgado em 26/09/1949; STF, HC nº 38758, Rel. Ministro Gonçalves de Oliveira, Julgado em 25/10/1961; STF, HC nº 40269, Rel. Ministro Gonçalves de Oliveira, Julgado em 27/11/1963.

¹¹ STF, RHC 27566/DF, Rel. Ministro José Linhares, Julgado em 03/07/1940.

Respondendo claramente: Em um sistema que declara abertamente proteger bens jurídico-penais¹², não é possível punir qualquer espécie de “delito putativo” não obstante a vontade criminosa.

Ao legislador não é conferido uma espécie de “poder ilimitado” em matéria penal. Segundo Hassemer, “quem não estiver disposto a reconhecer uma diferença entre lei (positiva) e Direito (justo) não consegue vislumbrar como a punibilidade possa ser fundamentada, não consegue sequer ver onde está o problema”¹³.

Segundo parcela considerável da doutrina especializada, a moderna compreensão de bem jurídico-penal¹⁴ possui uma pretensão “crítica”, pretendendo “mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima.”¹⁵

Haveria, dessa forma, um claro limite ao poder de legislar em Direito Penal. Este limite seria conformado pelo conceito de bem jurídico-penal, que não admitiria a simples “inconveniência” de um comportamento para fundamentar a punibilidade.¹⁶ Essa ideia fundamental seria tão importante que vincularia o legislador: não seria legítima a intervenção penal sem observância deste fundamento¹⁷:

O conceito de bem jurídico que aqui se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Ele se diferencia do assim denominado conceito metódico de bem jurídico, segundo o qual como nem jurídico unicamente se deve entender o fim das normas, a *ratio legis*. Este conceito de bem jurídico deve ser rechaçado, pois não aporta nada que vá mais além do reconhecido princípio de interpretação teleológica. (...) Em um Estado Democrático de Direito, do qual parto como ideia diretriz,

¹² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, parte geral. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 04; CAPEZ, Fernando. *Direito penal*, parte geral. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*, parte geral. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 04; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12ª ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 07/09; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15; MASSON, Cléber. *Direito penal*, parte geral. 10ª ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 09.

¹³ HASSEMER, Winfried. *A história das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176133>. Acesso em: 24/03/2019.

¹⁴ Em apertadíssima síntese, parte-se da premissa de que “são chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas” (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, Op. cit., p. 35.)

¹⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20 e 61.

¹⁶ Em defesa da tese: STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general: el hecho punible*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. MELIÁ, Manuel Cancio; y SANCINETTI, Marcelo A. 4ª ed., 2005, §§ 6, 6, 7 e 9, p.115/117.

¹⁷ Panorama da discussão e pontos de vista em: ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Traducción y notas de la 2ª edición alemana por PEÑA, Diego-Manuel Luzón; DÍAZ, Miguel; y CONLLEDO, García; REMESAL, Javier de Vicente. Civitas, Thompson Reuters: España; RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Ed. Trotta, 2004; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Parte geral, tomo I. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

este estado só pode consistir em um viver em comunidade de forma pacífica e livre, onde se respeitem os direitos humanos dos membros da sociedade. (...) A proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da Teoria do Injusto. O Direito Penal protege, no marco do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos em face dos riscos não permitidos.¹⁸

No mesmo sentido:

*El bien jurídico no sólo es una categoría político-criminal, sino también dogmática, cuya afección resulta indispensable para la determinación del injusto; (...) Como todos los demás elementos típicos, la tipicidad de una acción concreta ha de ser establecida no solo sobre la base de la causalidad, sino en referencia de ese elemento referencial que es el bien jurídico protegido*¹⁹.

Tomando o bem jurídico como premissa inafastável, parece natural concluir pela impossibilidade de punir o delito putativo, porque não há nenhuma possibilidade de o bem jurídico ser atacado.

Afinal, se o bem jurídico em questão consiste em proteger a "saúde pública",²⁰ evitando a circulação da droga, como sustentar a punição de um agente provocado por uma autoridade na qual jamais ocorreria tal circulação?

Registre-se que nem mesmo a presença do dolo poderia afastar este raciocínio, já que:

É o bem jurídico o fundamento desde o qual é possível determinar que ações podem ser atribuídas a um tipo legal determinado e quais ficam sem consideração para o Direito Penal, em outras palavras, a ação por si só não diz absolutamente nada para o Direito penal, é o bem jurídico o que permite que uma determinada ação apareça como relevante para o Direito Penal.²¹

¹⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20 e 61.

¹⁹ RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Ed. Trotta, 2004, p. 66 e 82.

²⁰ "O bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa a evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos." (GRECO FILHO, Vicente. *Lei de drogas anotada*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.)

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan *apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. Op. cit., p.116.

Pensar o contrário é resgatar um dos capítulos mais lamentáveis do finalismo proposto por Hans Welzel²² em que, no afã de vincular o Direito Penal às estruturas lógico-reais (“sachlogisch Strukturen”), “a vontade passou a preponderar sobre o resultado, chegando-se ao absurdo da punição do crime impossível, vale dizer, tão somente daquilo que o autor quis fazer”²³.

Com essa ótica, vê-se que o projeto “anticrime” é, na verdade, uma autêntica renúncia ao bem jurídico²⁴ já que, invertendo a ordem das coisas, confere privilégios aos aspectos “subjetivos” (dolo) em detrimento daquilo que antecede o “objetivo” (tipicidade fundamentada em um bem jurídico).

Não fosse o suficiente, tudo estaria legitimado com os chamados “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente”, exercício mediúnico de presunção daquilo que não se viu:

Usa-se o conhecido “jeitinho” para incriminar alguém que é vítima de flagrante preparado pela polícia “descaracterizada”. O jeito encontrado é o descrito na parte final do inciso IV do §1º do enunciado em tela correspondente ao art. 33 da Lei de Drogas: se for entregue droga a agente disfarçado, haverá crime de tráfico, desde que “presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente”. A “colher de chá” é a suposição de que tudo está justificado, diante da enigmática expressão “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente.” (...) Vale dizer, ainda, que o anteprojeto pretende regular direito criminal (que deveria ser

²² Vide: REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas?*

²³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal. Op. cit.*, p.163. Críticas em: REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas?* Disponível em: <https://www.uniflu.edu.br/arquivos/artigos/tiago-finalismo.pdf>.

²⁴ Exatamente pelo significado de bem jurídico, não se concorda com a crítica de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar: “Note-se ainda que as figuras do ‘agente infiltrado’ (Lei nº 12.850/2013) e ‘agente encoberto’ (pacote anticrime) podem se apresentar como ‘agente provocador’. Ou seja, aqueles agentes podem atuar na preparação e no incentivo de crimes atuando ilicitamente. A diferença é que a proposta de se inserir o “policial disfarçado” coincide, de acordo com o texto, com a figura da provocação do flagrante e com a produção de prova ilícita, máxime quando se fala na venda de drogas ao próprio agente (que não espera o delito, mas participa da cena, adquirindo a substância entorpecente).” TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime*. Editora Juspodivm, 2019, p. 92. É de se destacar que o bem jurídico provoca uma reformulação no tipo penal: Sendo o tipo dotado de um sentido (proteção de bens jurídicos), foi necessário desenvolver uma teoria mais apurada acerca da adequação típica com o propósito de alinhá-la ao injusto, ou seja, compreender a adequação típica além da mera causação; além da mera realização do verbo típico; pois, em última análise, nem todo resultado naturalístico ofende os bens jurídicos. Idealizaram-se, assim, pressupostos que pudessem filtrar a subsunção à parte objetiva do tipo, primeira referência para as demais valorações típicas. Logo, a parte objetiva do tipo enriqueceu; deixou de ser compreendida como mero “fazer” ou “não fazer”, segundo um simples raciocínio de eliminação hipotética, passando a estar alinhada ao sentido conferido ao bem jurídico e a resolver, desde o tipo objetivo, problemas de imputação sem recorrer à finalidade do agente. Esse foi o propósito da teoria batizada de imputação (subsunção à parte) objetiva (do tipo). Segundo Roxin: “Ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do direito penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica, abstraindo de suas variadas manifestações ônticas.” (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 79.)

claro, estrito – mas é ambíguo!). No dispositivo, fala-se “elementos probatórios ‘razoáveis’” de delito anterior. Que é isso? De que ordenamento jurídico se retirou a inspiração para o uso da palavra “razoáveis”? Imagine-se: o agente policial “disfarçado” (sem farda ou fantasiado?) pede para comprar drogas a um suposto traficante de drogas, oferecendo-lhe dinheiro. Antes de se tornar perfeita a venda, surge a voz de prisão. Houve provocação da situação de flagrante? Havia condições de se consumir o delito de tráfico? É proceder do Estado aceitável eticamente ou em conformidade com as garantias do art. 5º, CF? Esse é o sentido do enunciado do anteprojeto. Depois de “preso” com a prova ilícita decorrente da provocação, somado ao elemento “probatório” anterior “razoável”, oferece-se uma “barganha”. Em síntese, teremos uma fábrica de fazer presos. E de forma muito facilitada²⁵.

Essa proposta revela que:

[U]ma ciência penal subserviente à política criminal presta um desserviço em tempos difíceis como os de hoje. É preciso ter claro que o reconhecimento e a defesa de direitos e garantias fundamentais implicam necessariamente limites às políticas públicas de segurança.²⁶

Resgatando, pois, os postulados de Liszt, é preciso reconhecer que “somente quando esses precisos limites forem levados a sério sem qualquer tergiversação, será possível, a partir do direito penal, avançar no sentido da recondução do Estado de Direito às razões que lhe dão fundamento”.²⁷

Espera-se, como entusiasta do conceito crítico de bem jurídico, que a proposta em análise seja rejeitada, transformando-se na lembrança de quando “os interesses do poder se dobraram diante das exigências da razão”²⁸.

²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime*. Editora Juspodivm, 2019, p. 92

²⁶ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, vol 1, nº 1, junho 2013, p. 65.

²⁷ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, vol 1, nº 1, junho 2013, p. 65.

²⁸ GRECO, Luís. *O projeto de lei do Código Penal e sua retórica*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-14/luis-greco-projeto-lei-codigo-penal-retorica>. Acesso em: 24/03/2019.